Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Der Verfaſſer ſelbſt löſt den Widerſpruch ſo: Julian entſcheide für den Eigenthumsübergang in den zwei Beiſpielen, weil ein gültiges Rechtsgeſchäft vorhergegangen, Stipulation und Schenkung, über das aber die Partheien ſich im Augenblick der Tradition nicht genau erinnerten; während Ulpian den Fall vor Augen hatte, wo ſolch' ein Vertrag nicht vorhergegangen, ſondern im Augenblick der Tradition vorgenommen werden ſollte. Sein Irrthum über daſſelbe bewirke ſeine Nichtigkeit und Unmöglichkeit des Eigenthumsüberganges durch Tradition.

V.

Das Pfandrecht an eigener Sache.

Von

Herrn Hofrath und Profeſſor Dr. v. Wening-Ingenheim zu Landshut.

Wo immer der Begriff des Pfandrechtes aufgeſtellt, die Aufhebung deſſelben durch Confuſion beſtimmt wird, begegnet man der Behauptung, es finde das Pfandrecht nur an fremder, nicht an eigener Sache Statt. Unbedingt, ohne Beſchränkung, ohne eine Ausnahme bemerklich zu machen, hält man den Grundſatz feſt, es könne das Pfandrecht nur in Anſehung eines Objects beſtehen, das in Anſehung des Gläubigers fremd iſt. Daraus muß man denn natürlich ableiten, daß jedesmal, ſo oft Eigenthum und Pfandrecht an demſelben Gegenſtande in einer Perſon zuſammentreffen, mag die Concurrenz ſchon im Augenblicke der Pfandbeſtellung vorhanden ſeyn, oder ſpäter eintreten — daß immer das Pfandrecht, und damit jede Wirkung deſſelben erlöſche. Die Regel wird ſehr folgenreich, und führt zu höchſt bedeutenden Anwendungen.

Erſt neuerlich hat von Löhr [1]) vorzüglich daraus zu beweiſen geſucht, es ſey die Annahme, nach welcher dem Mündel an der von dem Vormunde für pecunia pupillaris erkauften Sache ein Eigenthum zugeſchrieben wird, unrichtig und falſch, wie denn eben dieſer Rechtsgelehrte kurz vorher unumwunden ausſpricht [2]): „da in dem Weſen des Pfandrechtes, als eines dinglichen Rechtes, dieſer Grundſatz begründet iſt: ſo verſteht es ſich eigentlich von ſelbſt, daß er keine Ausnahmen habe".

Auch fehlt es keineswegs an Stellen, welche dieſe Behauptung unterſtützen. Es mögen indeſſen drei angeführt werden, weil die zwei übrigen, auf welche man ſich noch beruft [3]), zu einer ganz andern Anſicht führen.

Fragm. 29. (XIII. 7.) *Julianus* libro 44. Digest.

Si rem alienam bona fide emeris, et mihi pignori dederis, ac precario rogaveris, deinde me dominus heredem instituerit, desinit pignus esse: et sola precarii rogatio superit: ideirco usucapio tua interpellabitur.

Fr. 33. §. 5. (XLI. 3.) *Jul.* eod.

Si rem tuam, cum bona fide possiderem, pignori tibi dem, ignoranti tuam esse, desino usucapere, quia non intelligitur quis suae rei pignus contrahere.

Fr. 45. (L. 17.) *Ulpianus* libro XXX. ad Edictum.

Neque pignus, neque depositum, neque precarium, neque emtio, neque locatio rei suae consistere potest.

Sollte denn alſo wirklich eine Fortdauer des Pfandrechtes,

---

1) Magazin für Rechtswiſſenſch. und Geſetzg. herausgegeben von K. v. Grolman u. E. v. Löhr IV. B. nro. X. §. 5. pag. 140. sq.

2) Ebendaſ. Abh. V. pag. 73. not. 1.

3) Fr. 9. pr. (XX. 6.) fr. 30. §. 1. (XLIV. 2.).

wo das Eigenthum mit demſelben in einer Perſon concurrirt, ganz widernatürlich, dem Weſen und den Principien der Sachenrechte ganz widerſprechend ſeyn? Abgeſehen indeſſen von poſitiven Beſtimmungen, wird eine höchſt einfache Betrachtung beweiſen, daß unter gewiſſen Vorausſetzungen die Fortdauer ohne Abſurdität und Widerſpruch angenommen werden könne, und in einigen Fällen nach Billigkeit und Recht werden müſſe.

Das Eigenthum weicht im Colliſionsfalle nothwendig andern dinglichen Rechten, namentlich dem Pfandrechte. Beſtehen daher mehrere Pfandrechte an einer Sache, und erhält der Eigenthümer eines von dieſen, oder wird ein Pfandgläubiger Eigenthümer, ſo iſt es eben deshalb offenbar billig, die Fortdauer der Wirkſamkeit des Pfandrechtes anzuerkennen, weil außerdem nicht ſelten die Sache ganz verloren geht. Denn als Eigenthümer muß er den übrigen Creditoren weichen, und ſein Pfandrecht will man für erloſchen erklären. Giebt man dagegen die Concurrenz der beiden Sachenrechte zu, dann rettet er, worauf rechtlicher Anſpruch begründet iſt, durch das Pfandrecht, was er als Eigenthümer den andern Creditoren zu überlaſſen genöthigt wird. Wo iſt da Unnatürlichkeit, wo ein Widerſpruch? Beides tritt lediglich nur dann ein, wenn ausſchließend dieſelbe Perſon als Creditor und Debitor erſcheint, folglich beide Rechte unmittelbar gegeneinander gerichtet ſind. Statt vieler Beiſpiele, welche ſich etwa zum Beweiſe der Nothwendigkeit und Billigkeit einer Abweichung von der gemeinen Behauptung erſinnen ließen, ſoll nur ein einziger Rechtsfall angeführt werden, der erſt vor Kurzem ſich wirklich ergab, und deſſen Bearbeitung die gegenwärtige Unterſuchung veranlaßte.

Die Freifrau von M. hatte an ihre Schweſter eine Forderung von 36,000 Thlrn., wofür das ganze Vermögen der Schuldnerin, in specie aber ein Landgut als Hypothek haftete. Beide Schweſtern errichteten ein testamentum correspectivum, ſetzten, ſelbſt kinderlos, einen entfernten Anverwandten J. v. S. zum Univerſalerben ein, und gingen bald

darauf nach einander mit Tode ab. Durch das Gerücht eines außerordentlichen Reichthums der Erblafferinnen getäuscht, trat der Erbe sine beneficio inventarii an. Doch meldeten sich immer mehr und mehr Creditoren, es zeigte sich zuletzt, daß der Schuldenstand den Werth der Erbmasse um drei bis vier tausend Thaler überstiege. Der Concurs brach aus. Nun mußte vorzüglich die Frage entscheidend werden, ob J. v. S. das Pfandrecht der Freifrau von M. geltend machen, als Pfandgläubiger auftreten könnte. Der gewöhnlichen Ansicht zu Folge ist die Frage offenbar zu verneinen. Durch die Erbschaftsantretung wurde der Erbe Eigenthümer, das Pfandrecht bestünde daher auf seinem Eigenthum, es erlöscht, und J. v. S. muß alle Ansprüche verlieren, obgleich ihm ein vollkommen gültiges Recht übertragen wurde, welches die Testirerin selbst, die noch dazu im vorliegenden Falle allen übrigen Creditoren vorging, mit ganzer Wirksamkeit hätte ausüben können. Gewiß unbillig, eigentlich ungerecht! doch hören wir die Gesetze. Eine richtige Erklärung derselben führt zu einer ganz andern Meinung und bestätigt die Fortdauer des Pfandrechtes an eigener Sache, unter gewissen Voraussetzungen.

Const. 3. (VIII. 19.) *Alexander* A. Valenti.

Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio, quam emisse te dicis, ita, ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores: *in jus eorum successisti:* et contra eos, qui inferiores illis fuerunt, justa defensione te tueri potes.

Hat Jemand vom Schuldner eine Sache gekauft; so erhält er nach dieser Constitution das Pfandrecht derjenigen Creditoren, die mit dem Kaufpreise befriedigt worden sind. Er ist aber durch den Kauf Eigenthümer geworden, und doch bleibt sein Pfandrecht, das er erhält, wirksam, er kann sich nicht etwa bloß gegen die hinausbezahlten Creditoren mit Einreden schützen, sondern auch gegen die unbefriedigten, so ferne es nachstehende Creditoren sind, mit denen er folglich, wie ein Mit-

gläubiger in Concurrenz tritt. Auf ähnliche Weiſe entſcheidet Paulus in

Fr. 17. (XX. 4.) libr. VI. responsorum.

Eum qui a debitore suo praedium obligatum comparavit, catenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit.

Erwarb ein Gläubiger das Pfand vom Schuldner, und wurde einer der Vorgänger mit dem Kaufſchilling befriedigt, ſo bleibt auch das Pfandrecht, in welches er eintritt, gegen die übrigen Creditoren wirkſam. Auch andere Stellen beweiſen für die Fortdauer des Pfandrechtes nach eingetretener Vereinigung mit dem Eigenthum in einer Perſon, indem ſie gegen dieſe die Ausübung des Juris offerendi geſtatten, wie [4]).

C. 1. (VIII. 20.) *Alexander* A. Athenioni.

Si vendidisset, qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria superesse non posset. Cum autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit, vel vendiderit: non magis tibi persecutio adempta est, quam si aliis easdem res debitor vendidisset.

Fr. 6. (XX. 5.) *Modestinus* libro VIII. regularum.

Cum posterior creditor a priore pignus emit, non tam acquirendi dominii quam servandi pignoris sui causa intelligitur pecuniam dedisse, et ideo offerri ei a debitore potest.

Alle dieſe Geſetze ſind nur unter Vorausſetzung der Fortdauer des Pfandrechtes erklärbar. Wäre das Pfandrecht durch die Confuſion erloſchen, und bloßes Eigenthum vorhanden, ſo iſt nicht abzuſehen, warum der nachſtehende Gläubiger offeriren müßte. Er dürfte ja unbedingt das Pfand abfordern, unbekümmert um den Eigenthümer aus demſelben ſich befriedigen, und dieſer könnte ſich nur mit einer perſönlichen Klage an ſeinen Auctor halten. So aber ſteht das dingliche Recht des Ei-

4) Vergl. noch fr. 2. 3. §. 1. fr. 5. §. 1. (XX. 5.).

nen fortwährend dem dinglichen Rechte des Andern entgegen, und um den Vorrang des beſſern Creditors zu vernichten, muß ihm offerirt, und damit deſſen wirkſames Pfandrecht entfernt werden. Beſonders merkwürdig iſt die letztere Stelle, obgleich ſie nicht von dem eigentlichen jus offerendi, welches nur der Pfandgläubiger ausüben kann, ſondern von dem uneigentlichen des Schuldners handelt, das Haubold [5]) ſehr zweckmäßig im Gegenſatze zu dem wahren und eigentlichen, als einem modus confirmandi pignus mit den Worten modus tollendi pignus bezeichnet. Sagt doch Modeſtin ganz ausdrücklich, der Käufer ſcheine nicht ſo faſt zur Erwerbung des Eigenthumes, als zur Erhaltung des Pfandrechtes den Vorgänger hinaus bezahlt zu haben. So konnte er nicht ſprechen, wenn wirklich die Concurrenz eines Pfandrechtes mit dem Eigenthume niemals zuläſſig, etwas abſurdes, unmögliches wäre.

Vergeblich wendet man dagegen ein, es ſeyen dieſe Stellen nicht von einem eigentlichen Pfandrechte, ſondern bloß von Einreden zu verſtehen. So erklärt ſich von Löhr [6]) in den Worten: „In allen dieſen Fällen hat der Eigenthümer kein Pfand„recht, ſondern er hat nur das Recht ſich gegen die übrigen „Pfandgläubiger derjenigen Exceptionen zu bedienen, die „die früherer Pfandgläubiger gehabt hat, und muß ſich da„rum in Rückſicht auf das Jus offerendi et succedendi „auch wie ein Pfandgläubiger behandeln laſſen“. Eine ähnliche Anſicht findet ſich ſchon in der Gloſſe zur C. 3. (VIII. 19.): „— — non ut rem habeas obligatam, sed ut te tueri pos„sis contra omnes, ut ipse poterat“.

Das Recht, aus welchem die Einrede hervorgeht, kann doch kein anderes ſeyn, als das Pfandrecht, ſo wie umgekehrt die Ausübung des juris offerendi, ſowohl des eigentlichen als

---

5) Diss. de jure offerendi, ex quo in priorum creditorum locum succeditur. Lips. 1793. 4. cap. 1. §. 2.

6) A. a. O. p. 74. in der Note.

des uneigentlichen ſich nur unter Vorausſetzung eines Pfandrechtes denken läßt. Oder auf welches Recht, auf welchen Grund ſollte ſich denn die exceptio ſtützen? Zwiſchen dem Käufer des Pfandes, mit deſſen Geld ein creditor anterior hinaus bezahlt wurde, und einem nachſtehenden Gläubiger beſteht doch wahrlich kein perſönliches Rechtsverhältniß, und die Einrede kann offenbar nur dieſelbe ſeyn, welche ſonſt dem vorhergehenden Creditor ſelbſt zugeſtanden wäre, und die auf den Käufer übergegangen, jene Einrede, von der es heißt:

Fr. 12. pr. (XX. 4.) *Marcianus* libr. sing. ad form. hypothec.

Creditor, qui prior hypothecam accepit, sive possideat eam, et alius vindicet hypothecaria actione, exceptio priori utilis est: *si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata.*

In jedem Falle müßte man daher wenigſtens in ſo ferne die Fortdauer des Pfandrechtes anerkennen, als daſſelbe eine Einrede producirt, und das jus offerendi nachſtehender Creditoren oder des Schuldners möglich macht. Allein ſollten uns auch wirklich ausdrückliche Geſetze fehlen, ſo wäre doch an und für ſich nicht zu begreifen, warum das fortdauernde Pfandrecht in keinem Falle eine Klage, ſondern lediglich eine Einrede gewähren ſollte. Wenn z. B. ein nachſtehender Gläubiger das Pfand beſitzt, und der Käufer des Pfandes, mit deſſen Geld ein vorhergehender Creditor abgefunden wurde, in das Pfandrecht deſſelben eintritt, wird wohl zuverläſſig keine andere Klage, als die actio hypothecaria ihm Wirkſamkeit ſeines Rechtes gegen den Dritten verſchaffen können. Und warum ſollte man ihm die Klage nicht geſtatten, da er, ſelbſt Beſitzer, eine Einrede aus dem Rechte hätte, welches ſonſt immer das jus possidendi mit ſich führt, ſobald es darauf ankommt, es wirkſam zu machen? Doch wir haben ja klare Geſetze, auf welche wir uns zum Beweiſe berufen können.

Fr. 30. §. 1. (XLIV. 2.) *Paulus* libr. 14. quaestionum.

Latinus Largus: Cum de hereditate inter Maevium, ad quem pertinebat, et Titium, qui controversiam moverat, transigeretur, traditio rerum hereditariarum Maevio heredi a Titio facta est: in qua traditione etiam fundum ei suum proprium, quem ante multos annos avo ejusdem Maevii heredis obligaverat, quemque alii postea in obligationem deduxerat, ex causa pacti tradidit: his gestis posterior Titii creditor jus suum persecutus est, et optinuit: post hoc judicium Maevius heres repperit in rebus avitis chirographum ejusdem Titii ante multos annos conscriptum, per quod apparuit, eum fundum, qui in causam transactionis venerat, etiam avo suo ab eodem Titio fuisse obligatum: cum ergo constet, prius avo Maevii heredis in obligationem eundem fundum datum, de quo Maevius supperatus est, quaero, *an jus avi sui*, quod tunc, cum de eodem fundo ageretur, ignorabat, nulla exceptione opposita, *exsequi possit?* Respondi, si de proprietate fundi litigatur, et secundum actorem pronuntiatum fuisse diceremus, petenti ei, qui in priori judicio victus est, obstaturam rei judicatae exceptionem: quoniam de ejus quoque jure quaesitum videretur, cum actor petitionem implet: quod, si possessor absolutus, amissa possessione eundem ab eodem, qui prius non optinuit, peteret, non obesset ei exceptio: nihil enim in suo judicio de jure ejus statutum videretur. Cum autem pigneraticia actum est adversus priorem creditorem, potest fieri, ut de jure possessoris non sit quaesitum: quia non, ut in proprietatis quaestione, quod meum est, alterius non est, ita in obligatione utique consequens est, ut non sit alii obligatum, quod hic probavit sibi teneri: et probabilius dicitur, *non obstare exceptionem*, quoniam de jure possessoris quaesitum non est, sed de sola obligatione. In proposita autem

quaestione magis me illud movet, *numquid pignoris jus extinctum sit dominio acquisito: neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore: actio tamen pigneraticia competit:* verum est enim, et pignori datum, et satisfactum non esse: quare puto *non obstare rei judicatae exceptionem.*

Dieſe Stelle wird gewöhnlich, wie ſchon oben bemerkt worden, zum Beweiſe der Behauptung über Aufhebung des Pfandrechtes durch Confuſion angeführt. Das iſt auch begreiflich, wenn man für erlaubt hält, die Worte des Schluſſes neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore aus ihrem Zuſammenhange zu reißen, und einzeln als den Ausſpruch des Juriſten anzuführen, was für ihn nur ein Zweifelsgrund war. Schon eine flüchtige Leſung des ganzen Fragmentes zeigt einen auffallenden Widerſpruch mit der gewöhnlichen Meinung. Die Gloſſe hat denſelben auch anerkannt, und durch eine ſeltſame Fiction zu löſen geſucht, für welche nicht entfernt eine Veranlaſſung zu finden iſt. Es ſoll nämlich, vielleicht, weil der Erwerber über die causa traditionis in Irrthum war, gar kein Eigenthum auf ihn übergegangen ſeyn! — Der Inhalt des Geſetzes iſt, wie ihn ſchon Cujas erklärte [7]), einfach folgender.

Den Streit, zwiſchen Maevius und Titius über eine Erbſchaft entſtanden, beendigte ein Vergleich, welchem zu Folge Titius die Erbſchaft, und außerdem noch ein ihm eigenthümlich gehöriges Grundſtück tradirte, das er früher dem Großvater des Maevius, ſpäter einem andern verpfändet hatte. Der zweite Gläubiger nahm hierauf ſein Recht in Anſpruch, und mit Erfolg; Maevius wurde zur Herausgabe des Grundſtückes verurtheilt: denn erſt einige Zeit nachher fand er unter den Papieren ſeines Ahnherrn ein Document, welches ihn von der an dieſen früher geſchehenen Verpfändung in Kenntniß ſetzte.

---

7) Comment. ad. Paul. l. 14. quaest.

Ob er wohl jetzt das Recht seines Großvaters geltend machen kann, ob er nicht die exceptio rei judicatae befürchten muß, nachdem der nämliche Gegenstand schon einmal in Streit gezogen war? Was die Rechtskraft anbelangt, findet Paulus keine besondere Schwierigkeit, die Frage zu lösen. Wäre über das Eigenthum des Fundus gestritten, und Maevius als Besitzer veurtheilt worden, so könnte er freilich nicht mehr vindiciren. Indem über das Eigenthum erkannt, und dasselbe dem Einen zu — ist es damit natürlich dem Andern abgesprochen. Mehrere können nicht in solidum Eigenthümer einer Sache seyn. Anders verhält es sich mit dem Pfandrechte. Der nemliche Gegenstand kann mehrern, und zwar jedem in solidum verpfändet werden. Wenn also auch durch rechtskräftiges Erkenntniß das Pfandrecht des einen bestätigt wird, ist deshalb doch das Pfandrecht eines Andern nicht ausgeschlossen. Dieser hat sein selbstständiges Recht, seinen besondern Klagegrund, folglich auch die ihm zukommende Klage, welcher die exceptio r. i. eben deshalb nicht mit Erfolg entgegen gesetzt werden darf. So hat es denn keinen Anstand, Maevius kann das Recht seines Großvaters ohne Besorgniß wegen der Rechtskraft verfolgen, kann mit der actio hypothecaria, oder wie sie hier, und sonst öfters heißt, pigneraticia, auftreten. Indessen ist noch einem andern Zweifel zu begegnen. Wurde denn nicht mit der Erwerbung des Eigenthums das Pfandrecht aufgehoben, da es sonst wohl heißt, es erlösche des Creditors Pfandrecht, wenn er Eigenthümer wird? Doch nein! die Sache wurde einmal zum Pfande bestellt, Befriedigung erfolgte nicht, also dauert der Anspruch fort, und die actio hypothecaria kann auch aus jenem Grunde dem Maevius nicht abgesprochen werden.

In dem erzählten Beispiele war nun 1) Eigenthum und Pfandrecht in einer Person vereinigt. Denn was die Glosse dagegen fingirt, widerspricht selbst der ausdrücklichen Erklärung des Juristen in den Worten numquid pignoris jus extinctum sit *dominio acquisito*. Außerdem wäre die Bedenklichkeit, welche Paulus äußert, lächerlich, und die Un-

terſuchung überflüſſig. Auch in den Baſiliken heißt es geradezu, es ſey das Eigenthum am Grundſtücke erworben und übergegangen [8]). 2) der Eigenthümer behält deſſen ungeachtet die Pfandklage, mit welcher er ſich daher ſelbſt den verlornen Beſitz verſchaffen kann, folglich dauert 3) das Pfandrecht nicht bloß in der Art fort, daß es nur durch Exceptionen, ſondern auch durch die Realklage in Wirkſamkeit erhalten wird. Der nämliche Juriſt, Paulus, entſcheidet in einem andern Falle auf dieſelbe Weiſe.

Fr. 59. pr. (XXXVI. 1.) libr. IV quaest.

Debitor sub pignore, creditorem heredem instituit, eumque rogavit, restituere hereditatem filiae suae, id est, testatoris, cum nollet adire, ut suspectam, coactus jussu Praetoris adit, et restituit: cum emptorem pignoris non inveniret, desiderabat, permitti sibi, jure dominii id possidere. Respondi, aditione quidem hereditatis confusa obligatio est. Videamus autem, ne et pignus liberatum sit, sublata naturali obligatione. Atquin sive possidet creditor actor [9]) idemque heres, rem, sive non possidet, videamus de effectu rei: et si possidet, nulla actione a fidei commissario conveniri potest: neque pigneraticia,

---

8) Lib. XLI. tit. 2. in *Meerman.* Thes. T. V. p. 85 — nach der Ueberſetzung von Reitz: In proposito autem casu *adquisito* mihi agri *dominio*, pignus quidem solvitur, sed de pignore actio servatur, quoniam et datum est pignus, et non solutum est debitum.

9) Das Wort actor iſt offenbar unrichtig, indem hier der Creditor, wenn er beſitzt, nicht Kläger ſeyn kann, was auch aus dem nachfolgenden Satze hervorgeht. Cujas im Commentar zu dieſer Stelle ſtößt deshalb das Wort ganz aus. Wäre es nicht erlaubt, ſtatt actor zu leſen coactus? Beide Worte konnten leicht verwechſelt werden. Alſo:: atquin sive possidet creditor, coactus idemque heres rem etc.

quoniam hereditaria [10]) est actio: neque fideicommissum, quasi minus restituerit, recte petetur: quod eveniret, si nullum pignus intercessisset: possidet enim eam rem quasi creditor. Sed etsi fideicommissarius rem teneat, *et hic Serviana actio tenebit* [11]): verum est enim, non esse solutam pecuniam, quemadmodum dicimus, eum amissa est actio propter exceptionem. Igitur non tantum retentio, *sed etiam petitio pignoris nomine competit*, et solutum non repetetur. Remanet ergo *propter pignus* naturalis obligatio.

Der Pfandgläubiger, von seinem Schuldner zum Erben eingesetzt, sollte die Erbschaft als Fideicommiß der Tochter des Testirers hinausgeben. Doch trat er erst, weil er die ihm verdächtige Erbschaft lieber ausgeschlagen hätte, auf richterlichen Befehl an, und restituirte das Fideicommiß. Für sein Pfand erhielt er indessen keinen Käufer, und wünschte, daß es ihm eigenthümlich zugeschlagen würde. Da aber mit der Erbschaftsantretung durch Confusion die obligatio erloschen ist, so frägt sich, ob nicht das Pfand auch frei geworden, nachdem selbst die obligatio naturalis [12]) auf jene Weise auf-

10) Cujas hält für nöthig, ein non einzuschalten — quoniam hereditaria non est actio. Mit Unrecht. Die gewöhnliche Lesart ist die richtige. *Faber* conject. jur. civ. Lib. VII. cap. 16. *Jauch* de negat. cap. 13. nr. 28. p. 180. Der Fideicommißerbe hat nämlich die actio pignoratitia, von welcher die Rede ist, lediglich jure hereditario, und kann sie eben deshalb hier nicht anstellen, weil der Gläubiger vom Erblasser nicht befriedigt wurde, folglich da der letztere nicht hätte klagen können, auch der Fideicommissar kein Recht dazu hat. Sehr richtig heißt also die Klage eine actio hereditaria. S. *Brisson* de V. S. s. v. hereditarius.

11) Tenere steht hier, wie auch sonst öfter für valere, consistere, z. B. fr. 11. §. 1. (XLVII. 10.). Daher ist nicht tenebitur zu lesen.

12) Fr. 21. §. 3. (XLVI. 1.).

gehört hat. Und doch läßt ſich eine Befreiung nach der Anſicht des Juriſten nicht annehmen. Entweder beſitzt der Creditor, der hier, obwohl gezwungener, Erbe iſt, oder er beſitzt nicht. Im erſten Falle hat der Fideicommiſſar keine Klage gegen ihn; die actio pigneratitia nicht, weil deren Vorausſetzung, Befriedigung des Creditors nicht eingetreten, alſo der Fideicommiſſar in der nämlichen Lage iſt, in welcher der Teſtirer geweſen wäre, und die actio ſideicommissaria nicht, weil der Beklagte nicht als Fiduciar, ſondern als ein Pfandgläubiger (quasi creditor) beſitzt. Im zweiten Falle muß aber dem heres directus ſelbſt die hypothecariſche Klage zugeſprochen werden, weil denn doch keine Bezahlung geſchehen, folglich die Klage durch keine wirkſame Einrede entkräftet iſt. So hat der Fiduciar nicht bloß das Retentions- ſondern auch das Klage-Recht und des Pfandes wegen bleibt eine obligatio naturalis übrig.

Vielleicht möchte man in Anſehung der Folgerungen, welche für die Fortdauer des Pfendrechtes aus dieſem Fragmente gezogen werden müſſen, einwenden, mit der Reſtitution des Fideicommiſſes würde die Wirkung der Confuſion wieder aufgehoben, und ſo die Forderung hergeſtellt [13]). Es ſey alſo auch natürlich, wenn von dieſer Zeit an, da weiter keine Concurrenz zwiſchen Eigenthum und Pfandrecht beſtünde, das letztere als wieder auflebend angenommen und als wirkſam anerkannt wäre. Allein Paulus gebraucht 1) ſelbſt den Ausdruck creditor idemque heres, und 2) iſt außerdem bekannt, daß gerade nach ſtrengem Rechte, und nach dem Grundſatze: semel heres, semper heres, der Fiduciarerbe fortwährend, auch nach der Reſtitution als Erbe angeſehen wird, daß folglich das Rechtsverhältniß, wie es beſtund, in dieſer Beziehung fortdauert.

---

13) Fr. 27. §. 11. fr. 51. fr. 58. pr. fr. 73. §. 1. fr. 80. (XXXVI. 1.).

§. 3. (II. 23.) Restituta autem hereditate, is quidem, qui restituit, nihilominus heres permanet.

Gajus in Comment. II. §. 251.

Restituta autem hereditate is, qui restituit, nihilominus heres manet.

Eben daraus wird auch, wenn man die Billigkeit im Verhältniſſe zum ſtrengen Rechte würdigt, der ganze Ausſpruch des Juriſten erklärbar, und insbeſondere der letzte Satz remanet propter pignus naturalis obligatio, welchen Faber [14]) ungebührlich ausſtreichen und für einen Zuſatz, ein Einſchiebſel von fremder Hand erklären will.

Des Entſcheidungsgrundes wegen, welchen der Juriſt ſeiner Meinung beifügt, und der zum Schluſſe auf die Fortdauer des Pfandrechtes führt, wird endlich noch eine andere Stelle erheblich, die denn gleichfalls für die gegentheilige Behauptung citirt wird.

Fr. 9. pr. (XX. 6.) *Modestinus* l. IV. sesprons. Titius Sempronio fundum pignori dedit, et eundem fundum postea Gajo Sejo pignori dedit: atque ita idem Titius Sempronio et Gajo Sejo fundum eundem in assem vendidit, quibus pignori ante dederat in solidum singulis. Quaero, an, venditione interposita, jus pignoris extintum sit: ac per hoc jus solum emptionis apud ambos permanserit? Modestinus respondit, dominium ad eos, de quibus quaeritur, emptionis jure pertinere: *cum consensum mutuo venditioni dedisse proponantur*, invicem pigneraticiam actionem eos non habere.

Es iſt gewiß im höchſten Grade auffallend, daß man die Entſcheidung des Juriſten aus der eingetretenen Confuſion erklären will, da er ſelbſt einen ganz andern Grund ſeiner Meinung ausdrücklich anführt, nämlich den Conſens beider

14) L. c. cap. 17.

Creditoren in die geſchehene Veräußerung [15]), eine Thatſache, welche bekanntlich auch ſonſt das Pfandrecht aufhebt [16]). Gerade dieſes wird aber ganz beſonders merkwürdig. Es lag nämlich offenbar am nächſten, ſich auf die Erlöſchung des Pfandrechtes durch Confuſion zu berufen, da die Frage, ob durch den vorkommenden Verkauf das Pfandrecht beendigt, aufgeworfen, und der Uebergang des Eigenthums anerkannt wird. Wie läßt ſich erwarten, daß Modeſtin die Wirkſamkeit der Confuſion überſah, welche doch immerwährend das Pfandrecht beendigen ſoll? Dieß wäre ja auf jeden Fall entſcheidend geweſen, und auf den Conſens konnte weiter nichts ankommen. Statt deſſen führt der Juriſt lediglich die gegebene Einwilligung an, er erklärt, weil dieſes Factum des Conſenſes vorliege, könne die actio hypothecaria nicht mehr angewendet werden, ein Ausſpruch, der wohl ganz gewiß zur Anwendung des argumenti a contrario berechtigt.

Die bisherige Unterſuchung und Erklärung der Stellen, auf welche jene ſich gründet, dürfte, wie kaum zu bezweifeln, unwiderleglich beweiſen, daß in gewiſſen Fällen das Pfandrecht und die Wirkungen deſſelben fortdauern, obgleich es mit dem Eigenthum in der nämlichen Perſon zuſammentrifft. Ein förmlicher Widerſpruch mit den Geſetzen, die das Gegentheil ausſprechen, läßt ſich aber gar nicht denken. Soll einmal der Grundſatz gelten, daß durch Confuſion mit dem Eigenthum das Pfandrecht erliſcht, dann muß man annehmen, er ſey ſo ausgemacht, ſo bekannt und entſchieden, daß eine entgegengeſetzte Behauptung ohne Einſchränkung geradezu unmöglich wird. Alles hängt folglich noch davon ab, den Vereinigungspunct zu finden, zu beſtimmen, unter welchen Vorausſetzungen ein Pfandrecht an eigener Sache anzunehmen ſey, wann nicht,

---

15) *Cujac.* ad Modestin. lib. IV. l. c. Geſterding Pfandrecht §. 40. pag. 317.

16) Fr. 4. §. 1. 2. fr. 8. §. 6. 7. 11 – 18. (XX. 6.) fr. 158. de R. J.

womit wir das Resultat der gegenwärtigen Untersuchung erhalten würden. Die Entscheidung liegt indessen sehr nahe. Einleuchten muß nämlich vorerst, ein Pfandrecht bestehe niemals, sobald ein Dritter fehlt, in Ansehung dessen es als wirksam gedacht werden kann. Dieß ist der Fall, wenn Eigenthum und Pfandrecht in der nämlichen Person sich vereinigen, ohne daß sich noch Jemand findet, in Beziehung auf den eine Folge des Pfandrechtes eintreten könnte. Erbe ich z. B. meinen Schuldner, der außerdem keine andere Schulden hat, oder befriedige ich meinen einzigen Creditor und macht mir daher Niemand meine Ansprüche streitig, dann begreift es sich, daß von einer Fortdauer des Pfandrechtes nicht die Rede seyn kann. Das beschränkende Recht hört auf, das beschränkte wird unbeschränkt. Offenbar denkt man wohl zunächst an Fälle solcher Art, wenn man von einem Zusammentreffen der Rechte, von einer Confusion redet, und so mag denn zuvörderst als Regel angenommen werden, daß durch Confusion das Pfandrecht erlischt, daß es kein Pfandrecht an eigner Sache gebe. Darauf beziehen sich die gleich anfangs citirten Stellen. Sind dagegen andere Personen, außer demjenigen, der Eigenthum und Pfandrecht in sich vereinigt, vorhanden, in Ansehung deren sich eine Wirksamkeit des Pfandrechtes äußern kann, welche das bloße Eigenthum ausschließen würde, so dauert auch das Pfandrecht nach der Vereinigung mit dem Eigenthum fort, vorausgesetzt, daß nicht ein besonderer Aufhebungsgrund vorkommt, welcher das Pfandrecht selbstständig aufheben würde, und in so ferne giebt es denn ausnahmsweise ein Pfandrecht an eigener Sache. Dieß bestätigen die zuletzt erörterten Gesetze. Will man die Ausnahme in den einzelnen Fällen betrachten, so dürften sich diese auf folgende Art darstellen.

I. Erwirbt ein Creditor das Eigenthum des Pfandes von dem Schuldner, so besteht die Wirksamkeit seines Pfandrechtes rücksichtlich der übrigen Creditoren fort.

Fr. 59. pr. (XXXVI. 1.) fr. 30. §. 1. (XLIV. 2.) C. 1 (VIII. 20.).

II. Erhält Jemand neben dem Eigenthum das Pfandrecht eines durch ihn abgefundenen Creditors, dann dauert auch letzteres in gleicher Art fort.

Fr. 17. (XX. 4.) C. 3. (VIII. 19.).

III. Geben die Geſetze einigen Perſonen Eigenthum, und außerdem zur vollen Sicherheit noch das Pfandrecht, ſo kann auch dieſes vollkommen wirkſam gemacht werden.

Fr. 7. (XX. 4.) fr. 3. pr. (XXVII. 9.) C. 6. (VII. 8.) C. 6. §. 2. (V. 9.) C. 30. pr. (V. 12.).

VI.

Noch einige Worte über das öffentliche Pfandrecht nach Römiſchem Rechte.

Von Löhr.

I.

In einer, den erſten Juli 469 erlaſſenen, Conſtitution verfügte der Kaiſer Leo das Folgende:

Scripturas, quae saepe assolent a quibusdam secrete fieri intervenientibus amicis, nec ne, *transigendi, vel paciscendi, seu foenerandi, vel societatis coeundae gratia, seu de aliis quibuscunque causis, vel contractibus* conficiuntur, quae ἰδιόχειρα Graece appellantur: sive tota series earum manu contrahentium, vel notarii, vel alterius cujuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones: sive testibus adhibitis sive non, licet conditionales sint, quos vulgo tabularios appellant, sive non: quasi publice conscriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. *Sin autem jus pignoris vel*